Ueber den

Grundsatz der benevolentia

für die

Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät zu Marburg

vorgelegt von

Hartwig Steinfeld,

Referendar in Celle.

Celle

Druck von W. Großgebauer

1884.

Vorwort.

Indem ich dieses Schriftchen der Oeffentlichkeit übergebe, bemerke ich zur Richtigstellung der geistigen Auktorschaft, daß der in demselben ausgeführte Gedanke sammt den einzelnen Anwendungen von Herrn Professor Dr. Ubbelohde in Marburg mir zur Verfügung gestellt ist, sowie daß letzterer sich auch der Ausarbeitung des Themas in vielen Beziehungen angenommen hat.

Zugleich ist es mir ein Herzensbedürfnis, Herrn Professor Ubbelohde für die mir in liebenswürdigster Weise geleistete Hülfe an dieser Stelle meinen tiefgefühlten Dank auszusprechen.

Celle, im Mai 1884.

Der Verfasser.

Einleitung.

Auf keinem Gebiete des älteren römischen Privatrechts ist die Freiheit des rechtlichen Willens in so weitem Umfang anerkannt worden, wie auf dem des Erbrechts. Die XII Tafeln sprachen den Satz aus: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.[1]) Hiernach stand es in des Testators unbeschränkter Macht, seinen Nachlaß zuzuwenden, wem er wollte; er konnte seine Familienangehörigen, sogar seine Kinder unbehindert von seiner Erbschaft ausschließen und brauchte, um dies zu bewirken, dieselben nicht einmal ausdrücklich zu enterben. Hiernach war es ferner für die Rechtsbeständigkeit der im Testamente getroffenen Bestimmungen vollkommen gleichgültig, welche Beweggründe, ob Liebe, ob Selbstsucht, den Erblasser bei Errichtung derselben geleitet hatten. Für unsere Anschauung hat diese unbeschränkte Testirfreiheit etwas entschieden Anstössiges, für den Römer jener Zeit hatte sie es nicht. Durch den bezeichneten Satz der XII Tafeln sollte dem Erblasser nicht etwa die Macht verschafft werden, seine Laune und Willkür frei schalten und walten zu lassen, das Gesetz wollte ihn vielmehr in den Stand setzen, nach eigener Einsicht das Richtige und den individuellen Verhältnissen Angemessene ungehindert zu bestimmen.[2]) Es wurde dabei voraus-

Anm. 1. Ulp. Fragm. 11. 14. Gai. Inst. 2. 224. L. 120 D de V. S. 50. 16. J. de leg. Falc. 2. 22.

Anm. 2. Den Römern war das Testament, wie Quinctilian Declamat. CCCVIII treffend sagt, ein solatium mortis, indeß nicht, wie er meint, etwa darum, weil ihr Wille in demselben auch noch über den Tod hinaus galt, sondern weil ihnen das Testament die Möglichkeit gewährte, für ihre blossen Kognaten, denen das ius civile ein Erbrecht nicht zuerkannte, auf den Todesfall zu sorgen. Ihering, Geist des römischen Rechts (2. Auflage) I S. 206. 207. geht wohl nicht fehl, wenn er in dem Bestreben, der natürlichen Familie durch Rechtsgeschäfte zu ersetzen, was das Gesetz ihr versagt hatte, überhaupt den Grund für die Entstehung des Testaments in Rom erblickt.

gesetzt, daß er von der ihm eingeräumten Freiheit den passendsten Gebrauch machen werde. Und diese Voraussetzung war wohlbegründet für das alte sittenstrenge Rom, für welches der bekannte Taciteische Ausspruch zutrifft: plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges. Man hielt es zweifellos für etwas ganz Ausserordentliches, wenn der Testator das ihm geschenkte Vertrauen misbrauchte. [1])

Uebrigens war auch, solange die mündliche Form der Testamentserrichtung sich erhielt, die misbräuchliche Anwendung des Testaments ein weder leichtes noch gefahrloses Unternehmen. Nicht leicht: insofern die Zeugen, welchen der Erblasser seinen letzten Willen offenbarte, jedenfalls in der Regel näher stehende Personen und daher im Stande waren, auf den Testator einzuwirken. Nicht gefahrlos: insofern der Erblasser, wenn er in seinem Testament eine lieblose Gesinnung an den Tag legte, nicht nur den Haß und die Verfolgung der dadurch verletzten Personen, sondern auch die öffentliche Meinung, welche in Rom besonders machtvoll war, zu fürchten hatte. So erklärt es sich, daß die Regel der Testirfreiheit mehr als zwei Jahrhunderte hindurch ohne jede Ausnahme galt. [2])

Mit dem Schwinden des Geistes, der die alte Zeit beseelte, hörte aber das römische Leben auf, eine Gewähr für die richtige und angemessene Handhabung der durch das Recht eingeräumten Freiheit zu sein. Bot doch nunmehr auch das schriftliche Testament einen Deckmantel dar, hinter dem sich die Gesinnung des Erblassers sicher verbergen konnte, der erst fällt, wenn der Testator den Unwillen, welchen seine Disposition zur Folge hat, nicht mehr zu fürchten braucht. [3]) Somit wurde es Bedürfnis, Rechtssatzungen aufzustellen, um zu verhüten, daß das Testament zu einer Stätte schrankenloser Willkür werde. Diesem Bedürfnis suchte das Recht nach einer zwiefachen Richtung gerecht zu werden. Die eine Gruppe der hier in Betracht kommenden Vorschriften bestimmte, daß der Testator in formeller wie in materieller Beziehung auf gewisse Personen Rücksicht nehmen, d. h., daß er gewisse Personen zu Erben einsetzen oder ordnungsmässig enterben, sowie daß er gewissen Personen einen bestimmten Theil des Vermögens, den sog. Pflichttheil, hinterlassen sollte. Aus diesen Bestimmungen entwickelte sich das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Die andere Gruppe, und diese soll uns im Folgenden allein

Anm. 1. Unger Jahrb. f. d. Dogmat. X S. 23.

Anm. 2. S. Ihering a. a. O. II 1. S. 139. 140. S. 11 fg.

Anm. 3. S. Ihering a. a. O. S. 12. 13.

beschäftigen, begreift Anwendungen eines Grundsatzes, welchen die römische Jurisprudenz aus dem regelmässigen und natürlichen Zwecke letztwilliger Zuwendungen[1]) entwickelte.[2])

Dieser Grundsatz lautet: „Eine letztwillige Zuwendung muß beruhen auf dem Wohlwollen des Erblassers für den Bedachten". In jener älteren Zeit wäre es überflüssig gewesen, einen solchen Gedanken besonders auszusprechen, es wurde als ganz selbstverständlich angenommen, daß sich der Testator zu seiner Verfügung durch liebevolle Vorsorge für den Bedachten habe bestimmen lassen. Als es aber in Rom nichts ganz Ungewöhnliches blieb, letztwillige Zuwendungen zum Zweck der Befriedigung selbstsüchtiger Interessen zu errichten, da erschien es geboten, den erwähnten Gedanken zum Ausdruck zu bringen. Dies geschah, indem die Juristen die letztwillige Zuwendung ihrer innersten Natur nach als eine Gunstverwilligung, als donatio quaedam testamento a defuncto relicta bezeichneten.[3]) Die Folge war, daß ihnen eine Zuwendungsverfügung, die nicht in einem dieser Natur der letztwilligen Zuwendung entsprechendem Motive, also nicht in Wohlwollen des Erblassers für den Bedachten, ihren Grund hatte, als ein Widerspruch in sich selbst und darum als anstössig erschien.

Die Form, in der die Juristen den von ihnen entwickelten Grundsatz — wir nennen ihn kurz den Grundsatz der benevolentia — zu rechtlichem Ausdruck brachten, war nun aber nicht die, daß sie ihn selbst als Rechtssatz aufstellten, d. h. die Rechtsbeständigkeit einer letztwilligen Zuwendung schlechthin von dem Vorhandensein einer wohlwollenden Gesinnung des Testators für den Bedachten abhängig machten. Zur Anwendung dieser Form lag in der That kein Bedürfnis vor. Denn ihrer Natur nach enthält jede letztwillige Zuwendung an sich eine Begünstigung für den Bedachten. Nur in verhältnismässig seltenen Ausnahmefällen wird sie nicht auf dem Wohlwollen des Testators für den

---

Anm. 1. Vergl. auch G. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse. S. 11 fg.

Anm. 2. Eine Einschränkung der Legirfreiheit aus Zweckmässigkeitsgründen statuirte das Falcidische Gesetz vom Jahre 714 d. St. J. 2. 22 de lege Falcidia.

Anm. 3. L. 30. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2: . . . . . legatà, hereditatesve his datae, ceterae donationes. L. 36. D. de legat. 2: Legatum est donatio testamento relicta. §. 1. J. de legat. 2, 20: Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta. Vergl. auch Unger a. a. O. S. 23, Keysser Verbot der Schenkung unter Ehegatten S. 15 not. 2.

Bedachten beruhen. Der Grundsatz der benevolentia kam daher zu vollständigem Ausdruck, wenn, wie es denn auch geschah, die Juristen und die ihnen auf den eingeschlagenen Weg folgende Gesetzgebung eben in diesen Ausnahmefällen Ungültigkeit der Verfügung eintreten liessen. Dieselben ergaben sich ihnen durch die im Leben auftretenden Misbräuche.

Als Anwendungen des Grundsatzes der benevolentia, zu deren Darstellung wir nunmehr übergehen, treten uns in den römischen Quellen folgende Bestimmungen entgegen:

1) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn der Erblasser sich zu deren Anordnung vornehmlich durch die Absicht hat bestimmen lassen, eine Strafe zu verhängen (§. 1).

2) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn der Erblasser dieselbe zu dem Zwecke errichtet hat, einen Prozeßgegner durch Aufstellung eines mächtigeren Widersachers zu chikaniren (§. 2).

3) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn der Erblasser die Person des Bedachten durch blosses Schimpfwort bezeichnet hat (§. 3).

4) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn dieselbe nach Zweck und Inhalt als ein Angriff auf die Ehre des Bedachten sich darstellt (§. 4).

5) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn dieselbe darauf abzielt, die Liberalität des Bedachten oder eines Andern zu provoziren (§. 5).

6) Eine letztwillige Zuwendung ist ungültig, wenn der Erblasser dieselbe geradezu in den Willen eines Dritten gestellt hat (§. 6).

§. 1.

Ungültigkeit des poenae nomine relictum.[1])

I. Entstehung des Verbots.

Als die erste Anwendung des Prinzips der benevolentia betrachten wir das Verbot des poenae nomine relictum. Dasselbe richtete sich gegen die Art und Weise, wie man in Rom einen an sich ganz berechtigten Zweck zu verwirklichen strebte. Man wollte seinen letzten Anordnungen möglichsten Nachdruck verleihen. Um diesen Zweck zu erreichen, unterwarf der Testator den Erben einer Strafe für den Fall, daß derselbe den getroffenen Anordnungen zuwiderhandeln werde. Diese Strafe bestand nun aber darin, daß man für den Fall der Zuwiderhandlung einem Dritten etwas zuwandte. So wurde die Zuwendung an den Dritten als Mittel benutzt, um den Erben zu bestrafen. Allein das widersprach dem inneren Wesen letztwilliger Zuwendungen und erschien darum den römischen Juristen als unschicklich.[2]) Hierin erkennen wir den dem Verbote zu Grunde liegenden Gedanken, welchen Theophilus (nach der Uebersetzung des griechischen Textes von Reitz) a. a. O. in dem Worte Ausdruck giebt: „legata ex benevolentia et amore erga legatarium relinquenda sunt, non ex odio heredis.“[3])

Anm. 1. Quellen: Gai. Inst. 2. 235—237. 243. 288. Ulp. Fragm. 24, 17. 25, 13. §. 36 I. de legat. 2. 20. Theophil. (paraphr. Inst.) ad h. l. L. un. Cod. de his, quae poen. nom. 6. 41. Tit. D de his, que poen. nom. 34, 6. — Im Ganzen s. Göschen observ. iur. rom. obs. III. Keller Inst. S. 368 fg.

Anm. 2. Vergl. Göschen l. c. p. 54. sq., Sell Versuche im Gebiete d. Civilr. II S. 274. 275, Mühlenbruch Forts. von Glücks Comment. Bd. 41. S. 101. 102, auch Savigny Syst. III S. 132 zu. not. n., Ihering Jahrb. f. Dogmat. X S. 503, G. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 25. 26.

Anm. 3. Unzutreffend ist indeß der weitere Grund, den Theophilus für das Verbot angibt: „lex odit legatum in arbitrio heredis positum.“ Denn

Dem entgegen sieht Keller a. a. O.[1]) das Unerlaubte und Tadelnswerthe beim poenae nomine relictum in der Absicht des Erblassers, durch Androhung der Strafe den Erben in seiner rechtmässigen Freiheit zu beschränken. Diese Absicht setzt er der ordentlichen und erlaubten Absicht des Erblassers, die darauf gehe, dem Bedachten sein Wohlwollen zu bezeigen, entgegen. Allein einmal ist diese Entgegenstellung mindestens ungenau. Der Gegensatz des Wohlwollens für den Bedachten kann doch nur darin bestehen, daß ein solches Gefühl für den Bedachten eben nicht vorhanden ist. Die gegen den Erben gerichtete Strafandrohung ist lediglich das Mittel, durch welches dieser Mangel in die Aussenwelt tritt. Sodann war das poenae nomine relictum seinem Begriffe nach keineswegs blos an solche Handlungen geknüpft, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses eingewirkt wird, dasselbe konnte vielmehr, wie aus den angegebenen Quellen des Verbots[2]) auf das Deutlichste erhellt, von einem irgend welchen Verhalten des Erben abhängig gemacht sein. — Dies entspricht auch der Natur der Sache vollkommen. Denn mag die Strafe berechtigt sein oder nicht, immerhin schließt sie, wenn sie die vorherrschende Absicht des Erblassers war, die benevolentia für den durch jene Zuwendung Bedachten aus.

Unserer Annahme, daß das Verbot des poenae nomine relictum auf die Juristen zurückzuführen ist, scheint Capitolinus in vita Anton. Pii c. 8 zu widerstreiten. Daselbst heißt es: primus constituit, ne poenae causa legatum relictum maneret. Hiernach möchte man vielmehr annehmen, daß das Verbot zuerst durch Antonin ausgesprochen worden sei. Allein schon der Umstand, daß Gaius a. a. O. die Ungültigkeit des legatum poenae nomine als etwas ganz Ausgemachtes darstellt,

---

einerseits gehört es, wovon noch unten (sub III) zu handeln ist, keineswegs zum Begriffe des poenae nomine legatum, daß das dem Erben aufgegebene Verhalten in dessen Willkür steht, und andererseits wurde das von einer Handlung — oder Unterlassung — des Erben, mochte diese auch ganz in dessen Willkür stehen, bedingungsweise abhängig gemachte Legat im römischen Recht unbedenklich zugelassen. S. in letzterer Beziehung Arndts Forts. v. Glücks Comm. Bd. 46 S. 350 fg.

Anm. 1. So übrigens auch schon Vinnius ad §. ult. J. de legat. und Maiansius de leg. poenae nom. rel. Disput. XLII §. 8. Vergl. Göschen observ. iur. rom. p. 51. not. c.

Anm. 2. Gai. 2. 235. Ulp. 24. 17. §. 36. J. cit. Theophil. l. c. Daselbst wird der Zweck der Strafe durchgängig dahin formulirt: quo magis heres aliquid faciat aut non faciat.

deutet auf ein höheres Alter des Verbots hin. Wie könnte nun gar in §. 36. J. cit. von einer Weiterbildung des ursprünglich engeren Verbots durch Sabinus gesprochen werden, wenn dessen Entstehung nicht mindestens in die allererste Zeit des Kaiserreichs fiele? — Capitolinus hat daher wohl etwas anderes sagen wollen, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt ist. Er sagt ja aber auch nicht, Antonin habe bestimmt: ne poenae causa legatum relinqueretur, sondern: ne poenae causa legatum relictum maneret. Das heißt: Antonin ordnete an, daß es bei dem Verbot des legatum poenae nomine sein Bewenden haben sollte.[1]) Rechtens war die Ungültigkeit des legatum poenae nomine relictum schon vor Antonin. Primus constituit. Das heißt: Antonin machte das poenae nomine relictum zuerst von allen Kaisern zum Gegenstande gesetzlicher Regelung. Gewohnheitsrechtlich bestand das Verbot des poenae nomine relictum bereits vordem. Wem nun aber die Entwickelung des gewohnheitsrechtlichen Satzes zuzuschreiben ist, darüber läßt schon die feine Empfindung, welche sich durch Aufstellung des Verbots kund giebt, wohl kaum einen Zweifel.

II. Geschichtliche Entwickelung des Verbots im Einzelnen.

Bei Ausgestaltung des im Vorstehenden bezeichneten Rechtsgedankens gingen die römischen Juristen von dem der Betrachtung am nächsten liegenden Falle, dem legatum poenae nomine relictum aus.[2]) Der Erblasser will den Erben zu einem Handeln — Thun oder Unterlassen — dadurch bestimmen, daß er ihm für den Fall des Zuwiderhandelns die Auszahlung eines Legats auflegt. Das legatum poenae nomine relictum bildete lange Zeit den alleinigen Inhalt des Verbots. Denn die Ansicht des Sabinus, daß die für den Fall des Zuwiderhandelns erfolgte Einsetzung eines Erben, coheredis adjectio poenae nomine, dem legatum poenae nomine analog zu behandeln sei, hatte noch zur Zeit des Gaius, des letzten Sabinianers, keine rechtliche Geltung erlangt.[3]) Dagegen herrschte bereits zu Gaius' Zeiten keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber, daß die zur Strafe des Erben angeordnete

Anm. 1. Vergl. Keller a. a. O. S. 368. Aehnlich schon Maiansius l. c. §. 9. — Vielleicht sollte die Konstitution Antonins einer dermalen schwankenden Praxis entgegentreten.

Anm. 2. Gai. 2. 235, Ulp. 24. 17.

Anm. 3. Gai. 2. 243. Sie war jedenfalls Schulmeinung der Sabinianer, weshalb ihr auch Gaius beistimmt. — Auch in §. 36. J. cit. wird die

Freilassung — libertas poenae nomine data — und auch das fideicommissum poenae nomine relictum ungültig seien.[1])

Die weitere Entwickelung gab dem Verbot noch eine grössere Ausdehnung. Zur Strafe getroffene Verfügungen auch gegen einen sonst letztwillig Bedachten, ja überhaupt gegen jeden, dem aus letztem Willen ein irgend welcher, direkter oder indirekter Gewinn zufließt, sollten ungültig sein. So konnte also jetzt z. B. auch derjenige nicht mit solchen beschwert werden, welchem auf Anordnung des Erblassers von einem letztwillig Bedachten condicionis implendae causa etwas geleistet wird, ferner nicht der väterliche Gewalthaber, dessen Kind letztwillig bedacht ist.

Wann und auf welche Weise diese ebenfalls von den Juristen entwickelte Ansicht rechtliche Anerkennung gefunden hat, ist nicht mit Sicherheit festzustellen. Die Theorie war, wie die hier in Betracht kommenden Stellen[2]) ergeben, schon zur Zeit des Gaius ausgebildet.

Ehe wir nun auf das letzte geschichtliche Faktum, die Neuerung Justinians, eingehen, wollen wir auf Grund des bisher gewonnenen Ergebnisses die rechtliche Natur der Strafandrohung einer kurzen Betrachtung unterwerfen.

III. Rechtliche Natur des poenae nomine relictum.

Nach den bisherigen Betrachtungen ergibt sich die rechtliche Struktur der zur Strafe erfolgten Zuwendung von selbst.[3]) Derjenige, gegen welchen die Strafe sich richtet, der Belastete, muß ein solcher sein, der entweder selbst letztwillig bedacht ist oder indirekt, d. h. zufolge der

---

Ausdehnung des Verbots auf Sabinus zurückgeführt. Das berechtigt zu dem Schlusse, daß dieselbe die Kraft einer Rechtsnorm überhaupt nicht durch Gesetz, sondern durch die Gewohnheit der Juristen erlangt hat.

Anm. 1. Gai. 2. 236. 288, vergl. Ulp. 25. 13. Die Fassung bei Gaius deutet darauf hin, daß auch diese beiden Bestimmungen ein Produkt der Juristen sind, in deren Entwickelung die Gesetzgebung nicht eingegriffen hat. Die Uebertragung des Verbots auf die Fideikommisse war der beste Beweis, daß dasselbe nicht in formellen, sondern in materiellen Erwägungen seinen Grund hatte. S. auch Ihering a. a. O.

Anm. 2. L. 1. D. de his, quae poen. nom. 34, 6 (von Africanus), vergl. l. 6 pr. D. de cond. et dem. 35, 1 (von Pomponius), s. auch §. 36. J. cit. und l. un. Cod. cit. Die Worte illicite vel probrose in l. 1 sind mit Rücksicht auf l. un. Cod. cit. offenbar interpolirt. Dasselbe ist auch wohl mit Rücksicht auf das Wort talem anzunehmen. Vergl. Göschen l. c. p. 50 not. b.

Anm. 3. Vergl. in dieser Beziehung auch Gai. 2. 235. 237. 243. Göschen l. c. p. 60 sq.

Honorirung eines Anderen letztwillig etwas erwirbt. Die Strafe besteht darin, daß die Zuwendung auf Kosten des Belasteten geschieht, d. h. daß sich der von demselben erworbene oder ihm wenigstens bereits deferirte Gewinn um den Betrag der Zuwendung mindert. Zweck der Strafe ist, den Belasteten zu einem gewissen Verhalten, Thun oder Unterlassen, zu bestimmen. Dieser Zweck wird dadurch verwirklicht, daß die benachtheiligende Zuwendung an die Bedingung des gegentheiligen Verhaltens geknüpft wird. Die Willenserklärung des Erblassers, daß einem Dritten etwas zugewandt werde, soll erst in volle Wirksamkeit treten, wenn es sicher geworden ist, daß der Belastete die gebotene Handlung nicht vornehmen wird, beziehentlich wenn die verbotene Handlung eingetreten ist.[1]) Die Zuwendung ist also gestellt auf eine äussere Handlung[2]) des Belasteten.

Doch braucht diese Handlung nicht, wie Göschen l. c. p. 52 annimmt, eine solche zu sein, deren Vornahme in der Willkür des Belasteten steht. Die in den Quellen des fraglichen Verbots[3]) angeführten Beispiele weisen zwar darauf hin, daß man bei Aufstellung desselben jedenfalls vorwiegend an solche Zuwendungen gedacht hat, welche auf ein willkürlich ausführbares Verhalten des Belasteten abgestellt werden; immerhin ist aber, wie jene Quellen ebenso bestimmt ergeben, die Unstatthaftigkeit des poenae nomine relictum ohne Rücksicht auf den Inhalt des von dem Erblasser erlassenen Befehls ausgesprochen worden, und so begreift das Verbot auch die an ein nicht willkürliches Thun des Belasteten geknüpften Verfügungen.

Andrerseits ist keineswegs jede von einer äusseren Handlung des Belasteten abhängig gemachte Zuwendung für ein poenae nomine relictum zu halten. Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poenae an condicio . . . sit, ex voluntate defuncti apparet.[4]) Entscheidend ist die durch Auslegung festzustellende Absicht des Erblassers. Findet es sich, daß dieselbe nicht vorzugsweise auf eine Bestrafung des Belasteten

---

Anm. 1. Wenn einem Belasteten zur Strafe für etwas bereits Geschehenes eine Zuwendung auferlegt wird, so ist dies nicht poenae nomine relictum im technischen Sinne. Denn das, weshalb gestraft wird, ist hier, eben als bereits geschehen, causa, nicht condicio. L. 12 D. de cond. et dem. 35, 1.

Anm. 2. Handlung im weiteren Sinne. — Von selbst versteht es sich, daß der Belastete erst nach Delation der Erbschaft, des Vermächtnisses u. s. w. für sein Verhalten verantwortlich gemacht werden soll.

Anm. 3. S. diesen Paragraph z. A.

Anm. 4. L. 2. D. de his quae poen. nom. 34, 6.

für Ungehorsam ging, so liegt der Thatbestand einer Pönalzuwendung nicht vor.[1])

Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich auch folgende, in l. 3. D de leg. 2 enthaltene Entscheidung: Si ita legetur: „heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit", utile legatum est, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere. Die Thatsache, von der die gewollte rechtliche Wirkung abhängig gemacht wird, ist nicht geeignet, um als Voraussetzung einer Strafbestimmung angesehen zu werden.[2]) Daher war die Absicht des Erblassers hier jedenfalls auf die Alternative gerichtet: entweder thut der Erbe das, was ich wünsche, oder er entrichtet ein Vermächtnis; das Eine ist mir so willkommen wie das Andere.

Poenae nomine relictum ist ferner ein Legat nicht, welches nur dazu dient, der vom Testator in erster Reihe gewünschten Leistung, die lediglich in solutione ist, indirekt Klagbarkeit zu verleihen. —[3])

Lassalle Syst. der erworb. Rechte 2. Th. S. 183 not. 1 meint, die Pönalverfügung habe, weshalb auch durchgängig das Beispiel angeführt werde: Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X Millia Sejo dato, immer einen solchen Befehl enthalten, der dem Erben ein ihn selbst persönlich, nie aber den Erblasser betreffendes Handeln gebot. Daher werde auch in l. 27 D de cond. et dem 35, 1 die von dem Erblasser über den Erben in Bezug auf ein ihm (dem Erblasser) zu errichtendes Grabmonument verhängte Strafe als eine gültige behandelt. Allein diese Meinung ist eine irrige. Nach der von Gaius und Ulpian a. a. O. O. aufgestellten Regel konnte sich der Befehl des Testators auf ein irgend welches Thun oder Unterlassen des Erben beziehen. Angenommen nun, die von ihnen gewählten Beispiele sprächen sämmtlich nur von einem den Erben selbst betreffenden Handeln, so wäre selbst damit noch keineswegs dargethan, daß der Befehl des Testators begriffsmässig nur ein solches Handeln zum Gegenstande haben könne. Denn die Wahl der Beispiele für eine Regel kann eine zufällige sein und sich füglich nicht auf alle denkbaren Fälle erstrecken. Sogar die Uebereinstimmung der Beispiele bei verschiedenen Schriftstellern würde

---

Anm. 1. Vergl. Savigny Syst. III S. 132. 133.

Anm. 2. Savigny a. a. O. zu u. in not. p. u. Sintenis gem. Civilrecht I §. 20 not. 45. S. 173.

Anm. 3. Vergl. l. 1 D. de pecul. leg. 33, 8. l. 1. §. 8 D ad leg. Falc. 35, 2 l. 19. pr. §. 1, l. 24 D quando dies legat. 36, 2.

noch nicht zu einem Schluß berechtigen, wie ihn Lassalle gezogen hat. Die von den römischen Juristen formulirten Beispiele zumal wurden häufig fast wortgetreu von anderen Juristen übernommen und wurden so gewissermassen stereotyp. Ueberdies aber führt Gaius nicht blos solche Beispiele auf, welche für die von Lassalle angestrebte Verengerung der Rechtsregel bei äusserlicher Betrachtung etwa sprechen, sondern er bringt (2, 235) auch ein Beispiel einer Pönalverfügung, in der ein auf den Erblasser selbst bezügliches Handeln geboten wird, nämlich — die Errichtung eines Grabmonuments für den Erblasser.

Die hier fragliche Regel wird aber durch die in l. 27 D. cit. vorgetragene Entscheidung [1]) gar nicht berührt. Denn in dem zur Entscheidung stehenden Falle war der Betrag der Strafe nicht als Vermächtnis an einen Dritten hinterlassen; dieselbe sollte nur der Auflage, zu welcher die belasteten Erben ohnehin durch obrigkeitlich verhängte Multa hätten angehalten werden können, dadurch grössere Sicherung geben, daß sie von vorn herein zugemessen wurde, als Direktive für die Obrigkeit. [2])

IV. Einschränkung der Rechtsregel durch Justinian.

So feinsinnig die Erwägungen sind, denen das Verbot des poenae nomine relictum seine Entstehung verdankt, so konnten doch im Einzelfalle grosse Zweifel darüber walten, ob die bedingungsweise gemachte Zuwendung als Strafe des Belasteten gemeint sei, oder vielmehr als Gunsterweisung für den Bedachten. Sagte z. B. der Erblasser: „si Titiam in matrimonium duxerit heres, Seio C dato“, wollte er hierdurch dahin wirken, daß der Erbe angesichts des an den Seius eventuell zu zahlenden Vermächtnisses von Ehelichung der Titia Abstand nehme,

Anm. 1. Dieselbe basirt auf dem Gedanken: Wenn der Testator seinen Erben eine Geldstrafe auferlegt für den Fall, daß sie es unterlassen würden, ihm ein Grabmal zu errichten, so ist das eine vollkommen gültige Anordnung. Vergl. auch l. 6. pr. D. de cond. et dem. 35, 1.

Anm. 2. Vergl. l. 50 §. 1. D de her. pet. 5, 3. l. 7. i. f. D de ann. legat. 33, 1. Göschen l. c. p. 54 sq. not. f. — Auch ist die Einfügung der l. 27. cit. in den Titel de cond. etc. nicht, wie Lassalle a. a. O. S. 181 not. 1 vermeint, für eine fehlsame zu halten. Zwar war die voluntas des Erblassers in dem vorliegenden Falle nicht auf eine condicio gerichtet. Allein jener Titel heißt vollständig: de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamentis scribuntur. Und ein Modus ist die den Erben gemachte Auflage doch ohne Zweifel.

oder aber wurde er zu seiner Disposition durch liebevolle Vorsorge für den Seius veranlaßt, der etwa bisher von der Titia Unterstützungen empfangen hatte? — Solche Zweifel mußten zu unerquicklichen Rechtsstreitigkeiten Anlaß geben. Um diese abzuschneiden, bestimmte Justinian in l. un. Cod. cit.[1]) — indem er gewissermassen von der Präsumtion ausging, bei derartigen Verfügungen sei stets das Wohlwollen für den Bedachten das Entscheidende, — daß die auf ein Thun oder Unterlassen des bedingt Beschwerten abgestellten Zuwendungen prinzipiell gültig sein sollten. Eine Ausnahme statuirte er nur für zwei Klassen derselben, für diejenigen, bei denen das von dem Beschwerten geforderte Verhalten unerlaubt, und für die, bei denen solches unmöglich ist.

Anm. 1. Dieselbe lautet: Supervacuam observationem veterum legum, per quam testatorum voluntates ad effectum duci impediebantur, amputamus, praecipientes, nullum valere dicendo, poenae nomine quaedam esse relicta vel ademta in supremis testantium voluntatibus, ea infirmare, sed licere testanti pro implenda sua voluntate vel pecunias dare praecipere, vel aliam pecuniariam poenam inferre, quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis vel libertatibus, quam in praecipiendo, ad alias personas ea transferri ab eo, cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius vel libertate donatus paruerit. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris praecepto, servabitur. — Die in dem vorstehenden Gesetze und ausserdem nur noch in §. 36 J. 2, 20, sowie bei Theoph. ad. h. l. dem poenae nomine relictum an die Seite gestellte Kategorie der ademtio und translatio poenae nomine gehört in den Bereich dieser Abhandlung nicht. Denn keinenfalls basirt die letztere Kategorie auf dem nämlichen Rechtsgedanken wie das poenae nomine relictum. Vom Standpunkte des klassischen Rechts, als dessen Produkte sich die ademtio und translatio poenae nomine in den bezeichneten Stellen geriren, könnte man hinsichtlich der translatio (nehmen wir den Hauptfall: der translatio legati) allenfalls sagen, das neue Legat an den Dritten, das in ihr liegt, sei, als nicht auf benevolentia gegen ihn beruhend, ungültig; bedenkenerregend aber bliebe auch dann die Ungültigkeit der doch zugleich in ihr liegenden ademtio. Und was vollends die blosse ademtio legati betrifft, so kann man gewiß nicht wohl sagen, daß die ademtio ein Vermächtnis an den mit dem adimirten Legate Belasteten enthalte. Kommt nun aber hinzu, daß das klassische Recht, wie l. 44 D. de her. inst. 28, 5 und Ulp. Fragm. 22. 33 unzweifelhaft ergeben, eine ademtio poenae nomine unbedenklich zuließ, so darf es als nicht unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß jene ganze Erwähnung der ademtio und translatio poenae nomine in l. un. Cod. und §. 36 J. citt. auf einem Misverständnisse Justinians und seiner Kompilatoren beruht. Vergl. Göschen observ. iur. Rom. p. 65. sq.

Die erstere Ausnahme ist gewiß völlig konsequent. Denn macht der Erblasser eine letztwillige Zuwendung davon abhängig, daß der mit derselben Beschwerte etwas Widerrechtliches oder Unsittliches unterlassen oder etwas rechtlich oder sittlich Gebotenes vornehmen werde, so prävalirt das Uebelwollen gegen den letzteren unverkennbar. Nicht dagegen läßt sich dies ohne Weiteres sagen, wenn der Erblasser eine Zuwendung an die Nichtvornahme einer unmöglich vorzunehmenden oder die Vornahme einer unmöglich zu unterlassenden Handlung geknüpft hat. Es kann vielmehr die Annahme, daß es dem Erblasser vornehmlich um eine Kränkung des Belasteten zu thun gewesen sei, im letzteren Falle nur dann Platz greifen, wenn der Erblasser mit der Unmöglichkeit des von ihm geforderten Verhaltens bekannt gewesen ist. Bei einem Akte, der so ernst ist wie die Errichtung eines letzten Willens, wird man nun aber diese Kenntnis im Zweifel nicht annehmen können.[1]) Möglich, daß dem Gesetzgeber bei der völligen Gleichstellung jener beiden Klassen von Verfügungen die, allerdings völlig unzutreffende Analogie der unerlaubten und unmöglichen Bedingungen vorschwebte.[2])

Justinian nimmt hiernach gegenüber dem früheren Recht insofern einen veränderten Standpunkt ein, als er das poenae nomine relictum, soweit überhaupt, lediglich wegen des Inhalts der auferlegten Handlung oder Unterlassung für unstatthaft befindet, während man vormals das Anstössige bei demselben darin sah, daß der auf die Zuwiderhandlung gegen des Testators Ge- oder Verbote gesetzte Nachtheil zu einem Vortheil für eine dritte Person sich gestalten sollte. Gleichwohl aber läßt sich, da das frühere Recht die zur Strafe hinterlassene Zuwendung ohne Rücksicht auf den Inhalt des dem Belasteten anbefohlenen Verhaltens für unzuläßig erklärte, die Schlußbestimmung Justinians in l. un. Cod. cit. als ein wirklicher Ueberrest von dem Verbote des poenae nomine relictum bezeichnen. Und somit ist es nicht zu billigen, wenn, wie vielfach geschieht,[3]) ohne jede Einschränkung gelehrt wird, daß das Verbot

Anm. 1. Vergl. Savigny a. a. O. Mommsen Entwurf eines D. Reichsges. üb. d. Erbrecht S. 209, 210.

Anm. 2. Vergl. Savigny a. a. O. S. 202.

Anm. 3. S. z. B. Puchta Pand. §. 472 zu not. h., Vangerow Pand. II §. 434. Anm. 1 a. E. S. 115, Windscheid Pand. III §. 548 not. 18, §. 633 not. 23, G. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 26 und dagegen Savigny Syst. III S. 176 zu not. i, S. 202 unter 2, Keller a. a. O. S. 369. 370, Sintenis gem. Civilrecht I §. 20 not. 58 und 59 S. 175, Arndts Pand. §. 491 Anm. 4.

des poenae nomine relictum durch Justinians erwähnte Konstitution aufgehoben sei. Als ein Irrthum aber wäre es zu bezeichnen, verbände sich mit dieser Lehrweise die Ansicht, daß die Regeln über das poenae nomine relictum in den für bedingte Willenserklärungen von Todeswegen geltenden Rechtsgrundsätzen völlig aufgegangen seien. Träfe dies zu, so würden die Pönalzuwendungen, durch deren Auflage der Belastete zu etwas Unerlaubtem oder Unmöglichem angehalten werden soll, als gültig und nur die ihnen beigefügte Bedingung als ungültig, d. h. als nicht beigefügt zu behandeln sein. Justinian sagt nun aber in l. un. Cod. cit.: Der Belastete[1]) soll, wenn der Erblasser etwas Rechtswidriges, Unsittliches oder Unmögliches ihm anbefiehlt, bei Verabsäumung dieses Befehles vor jedem Nachtheil bewahrt werden. Und das heißt eben, wie es sich auch in §. 36. J. de leg. 2, 20 i. f. und l. 1 D. de his, quae poen. nom. 34, 6 direkt ausgesprochen findet, daß die auf den Fall des Zuwiderhandelns gegen des Testators Befehle errichtete Zuwendungsverfügung null und nichtig sei.

§. 2.

Ungültigkeit der Einsetzung des Regenten litis causa.

Ein unter dem Einfluß des Kaisers Helvius Pertinax zu Stande gekommenes Senatuskonsult[2]) sprach neben anderen Bestimmungen die Rechtsregel aus:

Imperatorem litis causa heredem institui invidiosum est.[3])

Anm. 1. Insofern sich der Schlußsatz der l. un. Cod. cit. auch auf die ademtio und translatio poenae nomine bezieht, wird durch das Wort aliquis genau genommen auch der Honorirte getroffen, dem der Erblasser bei Nichterfüllung der von ihm gesetzten Bedingung ein Recht auf den Zuwendungsgegenstand nicht einräumen will. Bezüglich dieses bedingt Honorirten kann die Bestimmung Justinians nur den Sinn haben, daß demselben das unter einer etwas Unerlaubtes oder Unmögliches vorschreibenden Bedingung Hinterlassene ungeachtet der Nichtberücksichtigung des an ihn ergangenen Gebotes, also unter Streichung der Bedingung zufallen solle. Das entspricht aber vollkommen den für unerlaubte und unmögliche Bedingungen bei Willenserklärungen von Todeswegen geltenden Regeln. Und so enthält das von Justinian über die ademtio und translatio poenae nomine Gesagte im letzten Resultate keinen Verstoß gegen die von ihm sonst anerkannten rechtlichen Prinzipien.

Anm. 2. Daher oratio divi Pertinacis genannt. Vergl. Capitolin. Pertinax c. 7 und §. 8. J. quib. mod. testam. infirm. 2, 17.

Anm. 3. L. 92. D. de hered. inst. 28, 5 (Vergl. Paul. sent. V. 12. §. 8)

Die Regel richtet sich gegen einen geradezu frivolen Misbrauch, welchen man in Rom mit letztwilligen Zuwendungen trieb. Derselbe bestand darin, daß man den Kaiser zum Erben einsetzte, in der Absicht, die Lage des Prozeßgegners durch Aufstellung eines mächtigeren Widersachers zu verschlechtern. Nun verhielten sich allerdings schon frühere Kaiser solchen Erbeinsetzungen gegenüber abweisend,[1]) für rechtlich unwirksam wurden dieselben jedoch erst durch den bezeichneten Senatsschluß erklärt.

Gleichgültig ist es nach diesem, ob die Sache des Erblassers, mit Beziehung auf welche er den Regenten einsetzt, an sich rechtmässig ist oder nicht, ob es also der Einwirkung, die der Erblasser von der Aufstellung des mächtigeren Gegners erwartet, zur erfolgreichen Durchführung der Sache überhaupt bedarf.[2]) Denn die Ungültigkeit der Erbeinsetzung ist lediglich an die Voraussetzung geknüpft, daß der Erblasser sich zu derselben durch die Absicht hat bestimmen lassen, den Gegner in eine schlechtere Lage zu bringen, nicht aber an diejenige, daß eine Verschlechterung der gegnerischen Lage nach Beschaffenheit der Verhältnisse eintreten kann. Aus dem gleichen Grunde ist es auch irrelevant, ob das von dem Erblasser angewandte Mittel mit Rücksicht auf die Person des Regenten oder die Organisation der Rechtspflege zur Verwirklichung des verwerflichen Zweckes sich als untauglich erweist. Und so kann man, wenngleich die Einsetzung des Regenten zur Chikane des Prozeßgegners heutzutage nicht leicht mehr vorkommen wird, dem Verbote derselben doch keineswegs die praktische Geltung absprechen.

Streitig ist, ob das Verbot auch auf litis causa erfolgte Einsetzungen anderer durch Macht und Ansehen ausgezeichneter Personen Anwendung leide. Erwägt man, daß sich das Verbot gegen die chikanöse Absicht des Erblassers richtet, daß sich diese aber in der nämlichen Weise wie durch

---

und §. 8. J. cit. Im Ganzen s. Mühlenbruch Forts. von Glücks Comment. Bd. 39. S. 304 und dazu desselben Lehre von der Cession der Forderungsrechte S. 346 fg.

Anm. 1. Vergl. Taciti annal. Lib. II cap. 48. „Neque hereditatem cuiusquam adiit, nisi cum amicitia meruisset. Ignotas et aliis infensos, eoque principem nuncupantes, procul arcebat.“ Plinii Secundi panegyr. cap. 43. „Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris. Nullius ad te iracundia, nullius impietas, nullius furor confugit nec quia offendit alius, nuncuparis, sed quia ipse meruisti. Scriberis ab amicis, ab ignotis praeteriris“ etc.

Anm. 2. Doch giebt die Unrechtmässigkeit der Sache natürlich ein nicht unerhebliches Indizium für die verwerfliche Gesinnung des Erblassers ab.

Einsetzung des Regenten auch durch Einsetzung anderer potentiores äussern kann, so wird man die Bejahung der Frage nicht zu gewagt finden. Mühlenbruch (a. a. O. S. 307, 308) verneint dieselbe, da das Motiv der Erbeinsetzung an sich überall nicht in Betracht komme, und das Verbot daher als singulärer Rechtssatz zu betrachten sei. Allein diese Ansicht ist unzutreffend. Zwar finden sich im römischen Recht nur wenige Bestimmungen, welche die Ungültigkeit einer letztwilligen Zuwendung wegen Mangels eines derselben entsprechenden Motivs statuiren. Der Grund hierfür liegt aber lediglich darin, daß es sich, wie wir bereits in unserer einleitenden Betrachtung ausgeführt haben, als etwas völlig Anomales darstellt, wenn die Rechtsform der letztwilligen Zuwendung zu einem der Natur der letzteren entgegenlaufenden Zwecke misbraucht wird. Indem das Recht sich gegen diese Anomalie wendet, bestimmt es nichts Regelwidriges, sondern bringt vielmehr die allgemeine Regel, von der die letztwilligen Zuwendungen beherrscht werden, den Grundsatz der benevolentia zur Anwendung.

Daß übrigens dem Senatsschluß in Rom selbst die hier befürwortete Auslegung zu Theil geworden ist, dafür bietet ein schwerwiegendes Argument l. 16 pr. Cod. de testam. 6, 23, woselbst es heißt:

> Non dubium nec incertum est sicut Imperatoribus, ita qualibet dignitate vel potestate decoratis viris tam hereditatem quam legatum seu fideicommissum relinqui posse.

Indem dies Gesetz, ein Theil eines von den Kaisern Gratian, Valentinian und Theodosius an den praefectus praetorio Eutropius erlassenen Reskripts, Erbeinsetzungen des Kaisers und anderer durch Macht und Ansehen ausgezeichneter Personen als zulässig anerkennt, spricht es etwas aus, was, an und für sich betrachtet, ganz selbstverständlich ist. Da es aber nicht zweifelhaft sein kann, daß die genannten Kaiser irgend einen Zweck mit ihrem Reskript haben erreichen wollen, so bleibt nur die Annahme übrig, daß sich dasselbe gegen eine unzutreffende Anwendung des für Erbeinsetzungen des Kaisers und anderer potentiores bestehenden Rechts wendet. L. 16 pr. Cod. cit. will sagen: die Einsetzung des Regenten oder anderer mächtiger Personen rechtfertigt allein noch nicht deu Schluß, daß der Erblasser die Absicht gehabt habe, den Prozeßgegner zu chikaniren, vielmehr kann man die Thatsache, daß eine Einsetzung litis causa geschehen sei, nur dann für festgestellt erachten, wenn die den Einsetzungsakt begleitenden Umstände jene Absicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen. — Daraus erhellt dann aber,

daß das Verbot der Einsetzung litis causa auf Einsetzungen von potentiores schlechthin bezogen wurde. Und insofern die Kaiser hieran an sich nichts ändern wollen, so enthält l. 16 pr. zugleich eine Anerkennung der dem Senatsschluß in letzterer Beziehung gewordenen Interpretation.

Ferner steht unseres Erachtens auch der Ausdehnung der vorliegenden Bestimmung auf litis causa angeordnete Vermächtnisse nichts im Wege. Denn der Grund, weshalb die Einsetzung zur Chikane des Prozeßgegners nicht gelten soll, trifft in gleicher Weise für die zu diesem Zwecke angeordneten Vermächtnisse zu. Und insofern l. 16 pr. Cod. cit. auch bezüglich der dem Regenten und anderen potentiores hinterlassenen Vermächtnisse bestimmt, daß dieselben an und für sich zulässig seien, d. h. zulässig, wenn sie nicht eine Chikane des Prozeßgegners bezwecken, so enthält dieses Gesetz auch in Ansehung der Vermächtnisse einerseits eine Billigung der hier angestrebten Ausdehnung und andererseits ein Zeugnis dafür, daß der fragliche Senatsschluß diese Ausdehnung in Rom thatsächlich erfahren hat. —

Auf einem sehr künstlichen Wege gelangt Mühlenbruch a. a. O. S. 308 fg. dahin, der Formel „princeps litis causa heres institui nequit“ den zweiten Satz zu unterstellen: ein an sich nicht zu Recht beständiges Testament soll auch nicht zum Besten des Kaisers gelten. Mit anderen Worten, der Erblasser könne den Kaiser nicht einsetzen, um dadurch der Impugnation eines sonst ungültigen Testaments zu entgehen — also litis vitandae causa. Die Richtigkeit dieses Satzes unterliegt keinem Zweifel, sein innerer Zusammenhang mit der obigen Formel ist jedoch unerfindlich. Das einzige Gemeinsame, welches beide theilen, ist ihre äussere Zusammenstellung in §. 8. J. cit. und jedenfalls auch in dem unter Kaiser Pertinax erlassenen Senatsschluß. — Ebenso ist es nicht möglich, das Verbot der Einsetzung des Regenten litis causa und jenen zweiten Satz unter der allgemeinern Formel „princeps legibus solutus est“ zu betrachten, da diese Formel in der Allgemeinheit, wie sie in §. 8. J. cit. verstanden wird, nur „eine nichtssagende Phrase“ ist.[1])

Anm. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 309.

§ 3.

Ungültigkeit der Bezeichnung des Honorirten durch blosses Schimpfwort.

Für verwerflich erklärten es die Juristen ferner, den Bedachten durch blosses Schimpfwort zu bezeichnen.

Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. [1])

Während sonst, so sagt der Jurist, jede hinreichend deutliche Bezeichnung des Erben genügt, d. h. ebenso wirksam ist, wie wenn der Erbe bei seinem Namen genannt wäre, so zieht die lediglich durch ein Schimpfwort erfolgte Bezeichnung desselben Ungültigkeit der ganzen Verfügung nach sich. Diese Bestimmung ist so recht eigentlich aus dem Gedanken emporgewachsen, daß die letzte Zuwendung, wenn zwar ein Willensakt, so doch ihrem innersten Wesen nach eine Liebesthat ist. Daher — das ist die nothwendige Ideenfolge — muß die Erklärung des Erblassers auch in einer ihrem Wesen angemessenen Weise in die Erscheinung treten. Gegen dies Erfordernis aber wird gefehlt, wenn der Testator den Erben lediglich durch eine für ihn schimpfliche Bezeichnung erkennbar macht.

In l. 9. § 8. cit. wird diese Bestimmung zwar blos für Erbeseinsetzungen ausgesprochen, wir nehmen indeß keinen Anstand, sie auch auf Vermächtnisse anzuwenden, da zwischen Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen in Hinsicht auf das Erfordernis einer angemessenen Erklärung des Willens ein Unterschied nicht stattfindet.

Dagegen soll, wenn der Erbe benannt, oder sonst hinreichend deutlich bezeichnet ist, ein schimpflicher Zusatz der Erbeseinsetzung nicht schaden.

Illa institutio valet: „filius meus impiissimus male de me meritus heres esto“: pure enim heres instituitur cum maledicto et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt. [2])

Diese Einsetzung ist gültig, weil die Worte „filius meus heres esto“ eine fehlerfreie Einsetzung enthalten, der gegenüber die nur nebenbei aus=

Anm. 1. L. 9. §. 8. D. de her. inst. 28,5 (von Ulpian). Im Ganzen s. Mühlenbruch Forts. von Glücks Comment. Bd. 40. S. 196, 197. Bd. 36 S. 300 fg., dessen Darstellung wir im Wesentlichen folgen.

Anm. 2. L. 49. §. 1. D. de her. inst.

gesprochene Schmähung nach der Regel „utile per inutile non vitiatur“, bezw. „falsa demonstratio (d. h. die neben einer richtigen stehende falsche Bezeichnung) non nocet“ nicht in Betracht kommen kann.

Auch diese Bestimmung gilt in gleicher Weise für Vermächtnisse.[1])

Keller Inst. S. 387 betrachtet die Bestimmung in l. 49. §. 1. cit. als eine Einschränkung der in l. 9. §. 8. cit. ausgesprochenen Regel. Ausgenommen werde von letzterer die Erbeinsetzung[2]) von liberi. Allein diese Ansicht ist irrig. Denn da, wie die vorgehende Darstellung zeigt, der Inhalt beider Stellen in sachlicher Beziehung keineswegs indentisch ist, so können die in derselben enthaltenen Bestimmungen nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme zu einander stehen. Sodann ist es auch nicht einmal richtig, die einen schimpflichen Zusatz enthaltende Erbeinsetzung auf Kinder des Erblassers einzuschränken. Der rücksichtlich der institutio cum maledicto ausgesprochene Grundsatz gilt auch für Vermächtnisse. Für diese wird nun derselbe in l. 37. §. 2. cit. ganz entschieden auch in Beziehung auf Dritte anerkannt. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum es für Erbeinsetzungen anders sein sollte als für Vermächtnisse. Daß in l. 49. §. 1. cit. nur der Sohn genannt ist, erklärt sich sehr einfach daraus, daß in unsern Rechtsquellen die meisten Regeln in der Anwendung auf konkrete Fälle ausgesprochen werden.

Als eine treffliche Folie unseres Verbots erscheint die in l. 3. pr. D. de lib. et posth. 28,2.[3]) vorgetragene Bestimmung, daß die Enterbung vollkommen gültig sein soll, wenn die Person des zu Enterbenden lediglich durch beschimpfende Aeusserungen bezeichnet ist, und es sich nur aus den Umständen ergiebt, wer gemeint sei. Diese Bestimmung ist eine ebenso natürliche Konsequenz aus dem Wesen der Enterbung, wie jenes Verbot aus dem der Erbeinsetzung. Denn erstere setzt der Regel nach eine ungünstige Gesinnung gegen den Betroffenen voraus — die Absicht ihm wehe zu thun, ihn zu strafen. Zur Aeusserung einer solchen Absicht bedarf es nicht schonender Worte: das Uebelwollen findet in scharfen Worten seinen angemessensten Ausdruck.[4])

Anm. 1. Vergl. l. 37. §. 2. D. de legat. 3.

Anm. 2. Oder Enterbung. S. unten S. 24 z. A.

Anm. 3. Et si pepercerit filium dicere, ex Seia autem natum dixit, recte exheredat: et si cum convicio dixerit „non nominandus“ vel „non filius meus“, „latro“, „gladiator“ magis est, ut recte exheredatus sit, et si ex adultero natum dixerit.

Anm. 4. Vergl. auch Sell Versuche 2c. II S. 44. not. 3.

Keller a. a. O. betrachtet auch die in l. 3. pr. cit. enthaltene Bestimmung als eine Ausnahme von der in l. 9. §. 8. cit. ausgesprochenen Regel. Er ignorirt mithin den wesentlichen Unterschied zwischen Erbeinsetzungs- und Enterbungserklärung, was keiner Widerlegung bedarf.

Dagegen ist es für das Recht bis zur Nov. 115. jedenfalls völlig zutreffend, wenn Keller das Geltungsgebiet der vorliegenden Bestimmung auf liberi des Erblassers einschränkt. Denn nur bei den sui und (nach prätorischem Recht) bei liberi bedurfte es bis dahin zur wirksamen Ausschliessung derselben von der Erbfolge einer ausdrücklichen Erklärung, daß sie nicht Erben sein sollten. Da aber nach Nov. 115. alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten eingesetzt oder rite enterbt werden müssen, so wird nun auch die Enterbung aller dieser Personen, vorausgesetzt nur, daß sie sonst der Nov. 115. entspricht, mit Bezeichnung durch blosses Schimpfwort geschehen dürfen.

---

§. 4.

Ungültigkeit eines den Vermächtnisnehmer beschimpfenden Vermächtnisses.

Eine weitere Anwendung fand das Prinzip der benevolentia, ebenfalls durch die Juristen selbst, in dem Verbot eines den Legatar beschimpfenden Vermächtnisses. Dasselbe wird in l. 54. pr. D. de legat 1. (von Pomponius) dahin ausgesprochen:

> Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.

Das heißt: Vermächtnisse mit beschimpfendem Inhalt, deren eigentlicher und vorherrschender Zweck es war, den Vermächtnisnehmer zu beschimpfen, sollen wegen der dadurch bekundeten gehässigen Absicht des Erblassers als nicht errichtet gelten. In objektiver Beziehung setzt also l. 54. pr. eine Vermächtnisverfügung mit beschimpfendem Inhalt, d. h. eine solche voraus, die wegen ihres Inhalts sich als ein Angriff auf die Ehre des Legatars darstellt oder — denn die severitas der Römer hielt auch das blos Lächerliche für turpe — ihn lächerlich zu machen geeignet ist.[1]) In

---

Anm. 1. Beispiele der von l. 54. pr. getroffenen Verfügungen sind: das Vermächtnis eines falschen Würfelspiels, einer Zuchthäuslerkleidung und dgl.;

subjektiver Beziehung erfordert l. 54. pr. die gehässige Absicht des Erblassers, den Legatar zu kränken oder in der öffentlichen Meinung herabzusetzen. Eben diese Absicht nun ist es, welche von unserer Bestimmung misbilligt wird. Das Legat ist ein Akt, durch den der Testator dem Bedachten sein Wohlwollen bezeigen soll. Daraus folgt nicht, daß der Erblasser in der Vermächtnisverfügung nicht seinen Unwillen über ein ungehöriges Verhalten des Bedachten selbst in an sich kränkender Weise äussern dürfte, daraus folgt aber mit logischer Konsequenz, daß die Vermächtnisverfügung nicht zum Mittel herabgezogen werden darf, um den Gefühlen des Hasses, der Rache oder des Spottes gegen den Bedachten Ausdruck zu geben.

Irrig ist die Ansicht Kellers Inst. S. 387.[1]), daß die in l. 9. §. 8. D. de her. inst. 28,5 enthaltene Bestimmung[2]) sich mit der vorliegenden decke. Denn einmal bezieht sich die letztere lediglich auf Vermächtnisse. Sodann ist ein Vermächtnis turpe seines Inhalts wegen; die Bezeichnung des Vermächtnisnehmers durch ein blosses Schimpfwort macht das Vermächtnis zu einem turpe nicht, sondern nur zu einem turpiter relictum. Endlich setzt die in Betracht stehende Bestimmung, im Gegensatz zu der in l. 9. §. 8. cit. enthaltenen, ausser dem Vorliegen einer Ehrverletzung des Bedachten ferner voraus, daß es dem Erblasser in erster Reihe um eine Kränkung oder Herabsetzung desselben zu thun gewesen sei.

§. 5.

Ungültigkeit der sogenannten kaptatorischen Zuwendung.

I. Geschichte und allgemeine Bedeutung des Verbotes.

Auf dem Grundsatze der benevolentia beruht auch das Verbot der sog. kaptatorischen Zuwendungen. Diese scheinen ein beliebtes Mittel gewesen zu sein, welches man anwandte, um sich in den Testamenten solcher Personen, auf deren Vorversterben man rechnete, bedacht zu sehen.

---

das Legat eines Männerbeinkleides an eine herrschsüchtige Frau, einer Puppe an einen jungen Mann von mädchenhafter Neigung zum Spielen u. s. w.

Anm. 1. Unrichtig auch Sell Versuche 2c. II S. 272.

Anm. 2. Vergl. oben §. 3.

Der Kunstgriff bestand darin, daß man zunächst selbst eine Verfügung errichtete und darin denjenigen, auf dessen Liberalität es abgesehen war, selbst bedachte, jedoch unter der Bedingung, daß man auch von ihm werde bedacht werden. So gab sich der Kaptant (der natürlich für das Bekanntwerden seiner Disposition Sorge trug) den Anschein, als wäre es ihm in erster Reihe um Honorirung des Andern zu thun gewesen, und als wäre das Verlangen, auch seinerseits berücksichtigt zu werden, nur ein Mittel, die Gesinnung des Bedachten zu prüfen. Solche Verfügungen nun erklärte die römische Gesetzgebung für ungültig.

Die herrschende Lehre nimmt an, der Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung jener Art der Erbschleicherei wenigstens auf indirektem Wege begegnen wollen. Durch das Verbot sei dem Bedachten die Aussicht entzogen, daß die anscheinend zu seinen Gunsten getroffene Verfügung jemals in Wirksamkeit treten könne, und so sei das zur Kaptation an sich geeignete Mittel zu einem objektiv untauglichen geworden.[1])

Wir können uns dieser Ansicht nicht anschliessen. Dieselbe setzt voraus, daß derjenige, welcher zu der Disposition bestimmt werden soll, weiß, die zu seinen Gunsten errichtete Verfügung sei nach gesetzlicher Bestimmung ungültig. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu; vielmehr wird die Kaptation regelmässig nur auf solche berechnet sein, welche des Rechts nicht kundig sind. Wäre der Gesetzgeber durch nichts Anderes zu der vorliegenden Bestimmung bewogen, als durch die Absicht, dem Erfolge kaptatorischer Verfügungen wirksam zu begegnen, so würde er in der That sehr unvollständig auf die Erreichung seines Zweckes hingearbeitet haben.[2]) Nach dem Verbot, welches sich gegen die zu Gunsten des Kaptirten, nicht aber gegen die zu Gunsten des Kaptanten errichtete Verfügung wendet, ist dieser noch besser gestellt, als er stehen würde, wenn das Gesetz eine Bestimmung überhaupt nicht getroffen hätte.

Unseres Erachtens ist das Verbot der kaptatorischen Zuwendungen überhaupt keinem bestimmten äusseren Zwecke gewidmet, der Gesetzgeber hat die kaptatorischen Zuwendungen vielmehr um ihrer selbst willen, d. h.

Anm. 1. Vergl. z. B. Keller Inst. S. 371. 372. Vangerow Pand. II §. 434. Anm. 1. unter II 4 (7. Aufl. S. 114).

Anm. 2. Auf diesen Gesichtspunkt macht Mühlenbruch Forts. v. Glücks Commentar Bd. 40. S. 226. in not. 33. aufmerksam, zieht aus demselben aber eine Konsequenz nur bezüglich der sog. kaptirten Verfügungen (s. unter V), während er bezüglich der kaptatorischen Zuwendung der herrschenden Lehre folgt. S. dens. a. a. O. S. 200. fg.

wegen der Verwerflichkeit des ihnen zu Grunde liegenden Motivs für nichtig erklärt.

Ueber die Entstehungsgeschichte des Verbots herrscht Dunkel.[1]) Wir wissen aus l. 71. D. de her. inst. 28, 5 nur so viel, daß ein Senatsschluß, dessen Name, Urheber und Entstehungszeit unbekannt sind, sich gegen die Zulässigkeit kaptatorischer Verfügungen gerichtet hat. Sehr möglich ist es aber, daß das Verbot desselben durch den Senatsschluß nicht erst eingeführt wurde, sondern daß dieser nur angeregte Konsequenzen oder Zweifel entschied. Hierfür spricht namentlich der in l. 70. de hered. inst. 28, 5 und jedenfalls auch im Senatuskonsult selbst gebrauchte Ausdruck[2]) captatoriae (institutiones), der darauf hinweist, daß der Begriff der von dem Senatuskonsult getroffenen Dispositionen im Allgemeinen bereits feststand. Ihn zu fixiren, würde man aber wohl keine Veranlassung gehabt haben, wenn nicht die fraglichen Dispositionen bereits Gegenstand einer rechtlichen Normirung gewesen wären.

Anm. 1. Keller a. a. O. S. 370 nimmt an, daß dasselbe Labeo noch nicht, wohl aber schon Julian und Gaius kennen. Das Letztere geht allerdings aus den von ihm citirten Stellen hervor, nicht aber das Erstere. (Die Widerlegung der Keller'schen Ansicht zwingt uns, unserer nachherigen Darstellung bereits vorzugreifen.) Beide Stellen, welche Keller hierfür anführt, l. 29 D. de her. inst. 28, 5. l. 20 §. 2. D. de cond. inst. 28, 7 handeln nicht von der kaptatorischen Verfügung, sondern enthalten eine einfache Bezugnahme auf ein bereits errichtetes Testament. Dies ist bezüglich der l. 20. §. 2. cit. ganz klar und auch von Keller in dessen weiterer Ausführung nicht bestritten. Jedoch könnte die in l. 29. cit. als gültig vorausgesetzte Verfügung „Titius et Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto“ ihrer Fassung nach allerdings für kaptatorisch gelten. Allein dann ist es wieder völlig unverständlich, daß ebenso wie Labeo auch Pomponius, ein jüngerer Zeitgenosse Julians, bei Entscheidung der in der Stelle behandelten Frage von jener Verfügung als einer vollkommen gültigen ausgeht. Dieser Widerspruch löst sich aber sprachlich sehr einfach: habuerit ist hier nicht das futurum exactum, wie Keller anzunehmen scheint, sondern der conjunctivus perfecti (als conjunctivus optativus). Nach dieser, schon von der Glosse — ad h. l. ad. verb. habuerit — vertretenen Auffassung handelt es sich dann um eine Disposition, deren Bedingung nicht auf die Zukunft, sondern auf die Vergangenheit gestellt ist. Dies ergeben auch die Worte des Labeo „nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem“, d. h. wenn nicht Alle den Testator bereits zur Zeit, als er verfügte, eingesetzt haben. Sollte es nach den in jenen Stellen vorgetragenen Entscheidungen, welche die Grenze des Verbots genau innehalten, nicht sogar wahrscheinlicher sein, daß Labeo dasselbe gekannt hat?

Anm. 2. Derselbe findet sich auch in mehreren anderen, demnächst zu betrachtenden Stellen.

II. Begriff und Voraussetzungen der kaptatorischen Zuwendung.

Die Hauptstellen über das Verbot lauten:

Captatorias instutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis.[1])

Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: „qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto“, quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est.[2])

Die erstere Stelle enthält in negativer Beziehung, daß der Senatsschluß als kaptatorische nicht solche Einsetzungen treffen wollte, welche in wechselseitiger Neigung die — entsprechenden — letztwilligen Verfügungen (iudicia) des Anderen hervorgerufen haben, die also auf Wohlwollen beruhen und eine Erwiderung dieses Wohlwollens zur Folge haben. In positiver Beziehung wird gesagt, daß das Senatuskonsult sich vielmehr gegen solche Einsetzungen richtet, deren Bedingung gestellt ist auf „die Entschliessung des fremden Willens.“ In dieser Weise glauben wir die Worte „secretum alienae voluntatis“ übertragen zu müssen. Secretus stammt von secernere = absondern, ausscheiden, in Beziehung auf das Willensvermögen also = einen Entschluß fassen. So ist secernere bezw. secretus in l. 3. Cod. de codic. 6, 36 („secreta voluntatis suae“) zu verstehen, und so möchte es auch hier zu verstehen sein. Im Gegensatze zu den durch Wohlwollen hervorgerufenen bezeichnet also Papinian als kaptatorisch — und als solche verboten — diejenigen Einsetzungen, deren Bedingung darauf abzweckt, die Entschliessung des Anderen zu bestimmen. Diese Entschliessung braucht aber nicht nothwendig darin zu bestehen, daß eine letztwillige Disposition erst errichtet werde, ihr Inhalt kann vielmehr, wie G. Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen ꝛc. S. 129 fg. der herrschenden Doktrin gegenüber geltend gemacht hat, auch sehr wohl der sein, daß die bereits vorher getroffene Verfügung nunmehr nicht geändert werde.

Anm. 1. L. 70. D. de her. inst. 28, 5 (Papinianus libro sexto responsorum).

Anm. 2. l. 71 pr. eod. (Paulus libro quinto ad legem Juliam et Papiam.)

L. 71 pr. cit., in der die herrschende Doktrin es deutlich anerkannt findet, daß als kaptatorisch eine Verfügung nicht betrachtet werden könne, wenn sie sich auf ein bereits errichtetes Testament beziehe,[1]) steht bei richtiger Auslegung der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Die daselbst angeführte Einsetzung ist, wie Paulus bemerkt, darum keine kaptatorische, weil sie auf die Vergangenheit, nicht auf die Zukunft bezogen ist, d. h. weil der Testator im vorliegenden Falle nicht eine Entschliessung des Honorirten noch hervorrufen wollte, sondern vielmehr lediglich durch den bereits zur Ausführung gelangten Entschluß desselben zu seiner Disposition bestimmt worden ist.

Auf dem nämlichen Grunde beruht auch die Gültigkeit der Einsetzung „ex qua parte me Titius heredem scripsit, Seius heres esto" (in l. 2. D. de her. inst. 28, 5), der Einsetzung unter der Bedingung „si se heredem instituisses aut quid sibi legasses" (in l. 20. §. 2. D. de cond. inst. 28, 7), der Einsetzung „Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto" (in l. 81. §. 1. D. de her. inst. 28, 5) und die oben bereits besprochene Einsetzung „Titius et Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto" (in l. 29. eod.). Die betreffenden Stellen beschäftigen sich in erster Linie mit anderen Fragen, gehen aber hierbei von der Gültigkeit solcher Einsetzungen aus, die im Uebrigen die Voraussetzungen kaptatorischer Dispositionen theilen, bei denen jedoch die Bedingung auf die Vergangenheit gestellt ist. Daraus folgt mittels argumentum a contrario, daß diese Einsetzungen für ungültig, weil für kaptatorisch zu halten wären, wenn sich die Bedingung auf die Zukunft bezöge.

Eine besondere Betrachtung erfordert noch l. 81. §. 1. cit., welche vollständig lautet:

Si ita scripserit testator: „Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, non est captatoria institutio: plane nullo recitato testamento ab ipso testatore inanis videbitur institutio remota suspicione captatoriae institutionis."

Die Stelle hat manches Auffallende, einmal in dem ganzen Satzgefüge von plane nullo an, und insbesondere in dem Worte recitassem statt recitaveram oder recitavi.[2]) Indeß wenn man davon ausgeht,

Anm. 1. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 211 fg.
Anm. 2. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 215.

daß jedenfalls ein tempus praeteritum gebraucht ist, so kann die Meinung des Juristen wohl kaum zweifelhaft sein. Paulus nimmt den Fall an, der Testator sage: „Sempronius soll zu dem gleichen Theile mein Erbe sein, auf welchen ich laut des von mir verlesenen Testaments des Titius zum Erben eingesetzt bin.“ Hatte der Testator nun kein Testament verlesen, so, entscheidet der Jurist, ist seine Verfügung inhaltlos, während der Argwohn, es handele sich um eine kaptatorische Verfügung, entfernt, d. h. nicht vorhanden ist. Dieser Argwohn ist aber deshalb nicht vorhanden, weil die einfache Bezugnahme auf die bereits errichtete letztwillige Verfügung eines Anderen nicht die Annahme begründet, daß auf die Willensbestimmung desselben habe eingewirkt werden sollen.

Zweifellose Beispiele kaptatorischer Einsetzungen treten uns in l. 1. D. de his, quae pro non script. 34, 8 („qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto“) und l. 71. §. 1. D. de her. inst. 28, 5 („Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto“) entgegen. Der Gebrauch des futurum exactum bietet nichts Auffallendes. In lebhafter Vergegenwärtiguug des nur eventuell gewollten Erfolges denkt sich der Römer die zur Bedingung gesetzte Handlung als eine in der Zukunft bereits vollendete. In ähnlicher Weise gebraucht der Deutsche an Stelle des futurum häufig das praesens.

L. 70. cit. und sämmtliche bisher besprochene Stellen reden nur von kaptatorischen Einsetzungen. Allein zu den kaptatorischen Verfügungen gehören ebenso auch kaptatorische Vermächtnisbestimmungen, und für diese gilt das für kaptatorische Einsetzungen Vorgeschriebene ohne jede Modifikation.

Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent. [1])

Die Fassung dieser Stelle läßt darauf schliessen, daß schon das Senatskonsult auch gegen kaptatorische Vermächtnisbestimmungen sich richtete.

Desgleichen wird als Bedingung der Honorirung in den Quellen regelmässig die Einsetzung des Kaptanten genannt. Daß jedoch nicht lediglich diese, sondern auch eine Zuwendung durch Vermächtnis Inhalt der Bedingung sein kann, ergibt sich mittels argumentum a contrario aus l. 20. §. 2. D. de cond. inst. cit., welche lautet:

Si quis te heredem ita instituit, si se heredem instituisses aut

---

Anm. 1. L. 64. D. de legat. 1.

quid sibi legasses, nihil interest, quo gradu is a te heres institutus vel quid ei legatum sit, dummodo aliquo gradu id te fecisse probes.

Eine kaptatorische Verfügung ist also nach dem Senatuskonsult vorhanden, wenn Jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht wird, daß er den Testator in der einen oder anderen Weise hinwiederum bedenken bezw. die bereits zu Gunsten des letzteren errichtete Einsetzungs- oder Vermächtnisverfügung nicht abändern werde.

Die Juristen gingen jedoch weiter. Sie reflektirten, daß der Testator ein nicht minder grosses Interesse daran haben könnte, einen Dritten, z. B. einen nahen Verwandten, einen intimen Freund, in der Verfügung des Anderen bedacht zu sehen, als sich selbst. Daher erklärten sie auch diejenige Verfügung für kaptatorisch, welche auf die Bedingung gestellt ist, daß der Bedachte einen bestimmten Anderen bedenken werde.[1])

In der gleichen Weise aber wie der Testator kann auch derjenige, welchen man zu der Disposition zu bestimmen sucht, ein Interesse an der Honorirung eines Dritten haben, und so kann auch die Honorirung einer andern Person als der des Kaptandus in kaptatorischer Absicht erfolgt sein. Von dieser Erwägung geleitet, dehnte die Interpretation das Verbot ferner auf solche Verfügungen aus, welche davon abhängig gemacht sind, daß ein bestimmter Anderer als der Honorirte den Testator bedenken werde. Dies wird in den Quellen nicht direkt ausgesprochen, ergibt sich aber mittels sicheren Schlusses vom Gegentheil aus l. 71. pr. D. de her. inst.[2]) — Daß diese letzteren beiden Fälle von dem Senatuskonsult nicht einbegriffen waren, vielmehr erst von der Jurisprudenz aus demselben entwickelt wurden, erhellt sehr deutlich aus den Anfangs- und Schlußworten der l. 71. §. 1. cit.

Anm. 1. L. 71. §. 1. D. de her. inst. 28, 5. Sinngemäß begreift diese, ebenso wie die im Text unmittelbar folgende, Erweiterung des durch das Senatuskonsult ausgesprochenen Verbots auch die Bedingung der Nichtänderung einer schon errichteten Disposition.

Anm. 2. Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: „Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto“, quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium. Vergl. auch l. 2. 81. §. 1. D. h. t. Im Näheren s. Mühlenbruch a. a. O. S. 217 fg.

Die Resultate unserer bisherigen Untersuchung lassen sich dahin zusammenfassen:

„Eine kaptatorische Verfügung ist vorhanden, wenn Jemand unter der Bedingung bedacht wird, daß er oder ein Anderer den Testator oder einen Anderen hinwiederum bedenke, oder daß er oder ein Anderer eine zu Gunsten des Testators oder eines Anderen errichtete Zuwendungsverfügung nicht abändere.

Unter den Begriff der kaptatorischen Verfügung fällt eine solche Disposition jedoch nicht, wenn sie in wohlwollender Gesinnung errichtet worden ist.“ [1])

Es fragt sich nun aber: Trifft der vorliegende Rechtssatz nur solche letztwillige Dispositionen, in denen die Bedingung entsprechender Honorirung ausgedrückt ist, oder leidet derselbe auf alle Dispositionen Anwendung, die darauf abzielen, zu des Testators oder eines Anderen Vortheil die Entschliessung des Honorirten oder eines Anderen zu bestimmen? Wir glauben uns [2]) für die letztere Alternative entscheiden zu müssen. Dem Gesetze wohnt zweifellos der Gedanke inne: Eine letztwillige Zuwendung, die auf Spekulation beruht, ist ein Verstoß gegen deren eigenste Natur und darum verwerflich. [3]) Diesen Gedanken finden wir nun zwar nicht in solcher Allgemeinheit ausgesprochen, sondern als das Misbilligte sogleich konkret den äusseren Thatbestand bezeichnet, in dem die verwerfliche Absicht erfahrungsmässig am häufigsten ihren Ausdruck findet. Darum erscheint aber jener Gedanke selbst in keiner Richtung als aufgegeben. Und so dürften wir die der Auslegung gezogenen Schranken nicht überschreiten, wenn wir dem vorliegenden Rechtssatz alle Verfügungen unterstellen, die der Testator lediglich in Rechnung auf die Liberalität des Bedachten (oder eines Anderen) errichtet hat.

III. Wirkung der kaptatorischen Verfügung.

Wegen des ihr zu Grunde liegenden erbschleicherischen Motivs nimmt die Willenserklärung des Erblassers einen vom Gesetze misbilligten Cha-

Anm. 1. Mühlenbruch a. a. O. behauptet, daß die auf die Bedingung reziproker Honorirung gestellte Disposition von dem in Rede befindlichen Verbote getroffen werde, auch wenn dieselbe nicht in erbschleicherischer Absicht errichtet sei, allein offenbar im Widerspruch mit l. 70. D. de her. inst., welche die auf Wohlwollen beruhenden Verfügungen schlechthin ausnimmt. Vergl. auch Sell Versuche im Gebiete des Civilr. II S. 301. Keller Inst. S. 372.

Anm. 2. Vergl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 220.

Anm. 3. Vergl. G. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 25.

rakter an. Die deshalb angeordnete Rechtsfolge ist sofortige definitive Unwirksamkeit derselben [1]), und zwar auch in dem Falle, wenn der Erblasser zur Erreichung seines Zwecks die Form der Bedingung gewählt hat. Senatus improbavit captatorias institutiones (l. 70. D. de her. inst.); es soll so angesehen werden, als wäre die ganze Verfügung dem Testamente nicht eingefügt. [2]) Wir haben es hier also mit einer Ausnahme von dem für Willenserklärungen auf den Todesfall geltenden Rechtsgrundsatze zu thun, nach welchem nur die unerlaubte Bedingung als ungültig, die Verfügung selbst aber als gültig zu betrachten ist. Der Grund für diese Ausnahme liegt eben darin, daß der eine kaptatorische Verfügung Errichtende eine Gunstverwilligung überhaupt nicht beabsichtigt hat.

IV. Ueber den Beweis der erbschleicherischen Absicht.

Wem liegt im einzelnen Falle der Beweis der erbschleicherischen Absicht ob? Hat der, welcher aus der Ungültigkeit einer angeblich kaptatorischen Verfügung Rechte herleitet, das Vorhandensein der verwerflichen Absicht, oder der durch die Verfügung Bedachte deren Nichtvorhandensein darzuthun? Da die letztwillige Zuwendung sich als ein Akt des Wohlwollens charakterisirt und deshalb an sich auch eine dem entsprechende Absicht bei dem Erblasser vorauszusetzen ist, so muß man sich prinzipiell für die erstere Alternative entscheiden. Diese prinzipielle Entscheidung entspricht aber unseres Erachtens dem wahren Willen des Gesetzgebers grade für die Fälle nicht, in denen der Testator die Errichtung oder Nichtänderung einer Gegenhonorirung ausdrücklich zur Bedingung gemacht hat. Indem in l. 70. D. de her. inst. 28, 5 den auf Wohlwollen beruhenden Verfügungen diejenigen entgegengestellt werden, die bedingungsweise von der letztwilligen Entschliessung des Honorirten oder eines Anderen abhängig gemacht sind, soll nicht gesagt sein, daß durch die letzteren Verfügungen der Erblasser in keinem Falle die Bezeugung einer Gunst beabsichtigt haben könne, wohl aber soll damit ein äusseres Merkmal angegeben werden, welches auf das Vorhandensein der misbilligten Absicht mit einer gewissen Regelmässigkeit schliessen lasse. Dieses Merkmal ist eben der Ausdruck der Bedingung. Möglich ist es

Anm. 1. L. 64. D. de legat. 1 . . . neque . . . valent.

Anm. 2. . . . haberentur, ac si insertae testamento non fuissent. L. 1. D. de his, quae pro non script. 34, 8 i. f.

nun zwar, daß dieses Merkmal schon durch den übrigen Inhalt der Disposition entkräftet wird. Ist das aber nicht der Fall, so muß es als dem Willen des Gesetzgebers gemäß erachtet werden, daß der durch die Verfügung Bedachte, wenn er einen Anspruch auf dieselbe stützt, die aus jenem Merkmal sich ergebende Annahme, die Verfügung sei in erbschleicherischer Absicht errichtet, durch Beweisführung beseitige.

V. Von den sogenannten kaptirten Zuwendungen.

Es erübrigt noch, mit einigen Worten auf die Frage einzugehen, ob die zu Gunsten des Kaptanten in dem Testamente des Kaptirten enthaltene Verfügung gelte oder nicht. Diese Frage wird von der herrschenden Lehre[1]) bejaht, von Bynkershoeck (opusc. de captatoriis institutionib. — opp. omn. T. I p. 359 sq. —) und Mühlenbruch (a. a. O. S. 221 fg.) verneint.

Unseres Erachtens ist die Frage in dieser Allgemeinheit überhaupt nicht zu beantworten, sondern in folgende Unterfragen aufzulösen:

1. Ist anzunehmen, daß der betreffende Senatsschluß nicht nur die Verfügung des Kaptanten, sondern zugleich mit dieser auch die Verfügung des Kaptirten für ungültig erklären wollte?

2. Ist das durch den Senatsschluß ausgesprochene Verbot auf kaptirte Verfügungen anwendbar?

3. Ist die kaptirte Verfügung nach den allgemeinen Grundsätzen über betrüglich hervorgerufene Dispositionen zu beurtheilen?

Die Unterfrage 1 muß entschieden verneint werden, da sich von einem Verbot der kaptirten Verfügungen in den römischen Rechtsquellen auch nicht die leiseste Andeutung findet, eine Veranlassung, die kaptirte Verfügung zugleich mit der kaptatorischen für ungültig zu erklären, aber auch nicht vorliegen konnte, wenn man die kaptatorischen Verfügungen wegen der Verwerflichkeit des ihnen zu Grunde liegenden Motivs, also lediglich um ihrer selbst willen für ungültig erklärte.

Die Unterfrage 2 ist nicht unbedingt zu verneinen. Denn enthält das Verbot den Gedanken, daß letztwillige Verfügungen, die auf Spekulation beruhen, verwerflich seien, so ist dasselbe auch auf kaptirte Verfügungen anzuwenden, wenn sich der durch die kaptatorische Verfügung Bedachte nicht durch Wohlwollen zur Errichtung oder Nichtänderung der Gegenzuwendung veranlaßt gefunden hat, sondern durch

---

Anm. 1. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 114. 115.

die Absicht, den Kaptanten zur Aufrechthaltung seiner Verfügung zu bestimmen, mit anderen Worten: wenn die kaptirte Verfügung selbst wieder zugleich als kaptatorische erscheint.

Die Unterfrage 3 ist zu bejahen, vorausgesetzt[1]), daß in dem Kaptandus durch die kaptatorische Verfügung die Vorstellung hervorgerufen ist, der Kaptant habe ihm sein Wohlwollen bezeugen wollen, und daß der erstere ohne diese Vorstellung eine Gegenzuwendung nicht errichtet, bezw. die bereits errichtete nicht unverändert gelassen haben würde. Auch ist es nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 224 fg. glaubt, für genügend zu erachten, daß der veranlassenden Verfügung das äusserliche Merkmal kaptatorischer Dispositionen eigne, es ist vielmehr, da es sich hier nicht um die Wirksamkeit der veranlassenden, sondern um die der veranlaßten Verfügung handelt, das Vorhandensein der erbschleicherischen Absicht in jedem einzelnen Falle erweislich zu machen.

Treffen nun aber die bezeichneten Voraussetzungen, wie allerdings in concreto schwer darzuthun sein wird, zusammen, so ist nach allgemeinen Prinzipien[2]) die Rechtsfolge nur in dem Falle Ungültigkeit der Verfügung, wenn der Kaptirte zu deren Errichtung bewogen worden ist, nicht auch in dem Falle, wenn er von deren Veränderung sich hat abhalten lassen. In letzterem Falle tritt vielmehr die Wirkung ein, daß der Kaptant dasjenige, was er in Folge der Nichtänderung der Verfügung erhält, als erbunwürdig an den Fiskus verliert.

---

§. 6.

Ungültigkeit der ausdrücklich auf den Willen eines Dritten abgestellten Zuwendung.

Dem im Grundsatze der benevolentia enthaltenen Gebote handelt der Erblasser auch zuwider, wenn er die Entscheidung über die Person des Bedachten der Willkür eines Dritten überläßt. Und zwar macht es

---

Anm. 1. Vergl. zum Folgenden Thibaut Versuche über einzelne Theile d. Theor. d. R. S. 64 fg., der jedoch zu weit geht, indem er als fernere Voraussetzung die rechtliche Entschuldbarkeit des Irrthums aufstellt. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 225. 226.

Anm. 2. Vergl. Vangerow a. a. O. §. 431 Anm. 3.

keinen Unterschied, ob er die Bestimmung des Bedachten ohne Weiteres dem Dritten überträgt, also z. B. sagt: „der soll mein Erbe sein“, — oder „dem vermache ich 1000, den X dazu ernennt“, — oder „den X will“, — oder ob er die Zuwendung an eine von ihm bezeichnete Person von dem Wollen des Dritten abhängig macht, also z. B. sagt: „A soll mein Erbe sein“, — oder „ich vermache dem A 1000, wenn X es will“. Wären diese Anordnungen zulässig, so würde es, wenn der Dritte erklärte, wer bezw. ob A bedacht sein solle, nicht das Wohlwollen des Erblassers, sondern dasjenige des Dritten sein, welchem der Bedachte die Zuwendung zu verdanken hätte.

Anders verhält es sich, wenn der Erblasser eine Zuwendung nicht schlechthin von dem Willen eines Dritten abhängig macht, sondern von der in dem Willen desselben stehenden Vornahme oder Unterlassung einer äusseren Handlung. Der Erblasser sagt z. B.: „A soll mein Erbe sein“, — oder „ich vermache dem A 1000, wenn X dem Y einen Besuch macht“. Hier kann zwar die Verfügung des Erblassers dann nicht zur Wirksamkeit gelangen, wenn X nicht will, aber das Eintreten dieser Wirksamkeit ist nicht davon abhängig, daß sich der Wille des X auf dessen Eintreten selbst, sondern davon, daß er sich auf etwas richtet, das zu der letztwilligen Zuwendung an sich gar keine Beziehung hat. Die Wirksamkeit tritt ein, gleichviel ob der X weiß, welche Folge sich an seine Handlung knüpft, und, wenn er es weiß, ohne Rücksicht welche Motive denselben zu deren Vornahme bewogen haben. Hier ist es also doch der unmittelbare Wille des Erblassers, auf den A die Zuwendung zurückzuführen hat.[1])

Aus diesen Gründen erklärten die römischen Juristen die schlechthin in den Willen eines Dritten gestellte letztwillige Zuwendungsverfügung, und zwar sowohl diejenige, welche dem Dritten die Bestimmung des Bedachten ganz überläßt, als auch diejenige, deren Wirksamkeit von der Einwilligung des Dritten zu der Honorirung einer bestimmten Person abhängig gemacht ist, für unzulässig, dagegen die von der Vornahme oder Unterlassung einer äusseren Handlung abhängig gemachte Honorirung, auch wenn deren Vornahme oder Unterlassung ganz in dem Willen des Dritten steht, für vollkommen statthaft.[2])

Anm. 1. Vergl. Ihering Jahrb. f. d. Dogmat. X. S. 301. 302. Arndts Forts. v. Glücks Comment. Bd. 46. S. 351 fg. Mommsen Entw. eines D. Reichsges. üb. d. Erbrecht S. 204 205.

Anm. 2. L. 32 pr. D. de hered. inst. 28, 5: Illa institutio „quos Titius voluerit“ ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam

Nun ist es aber sehr wohl möglich, daß der Erblasser die Handlung eines Dritten lediglich zu dem Ende als Bedingung seiner Verfügung setzt, um eine Erklärung darüber herbeizuführen, ob dem letzteren die Honorirung genehm sei. Ein streng konsequentes Vorgehen hätte dahin führen müssen, in diesem Falle eine Ausnahme von der Statthaftigkeit der auf die willkürliche Handlung eines Dritten gestellten Verfügung eintreten zu lassen. Allein die römischen Juristen ordneten wie so oft, so auch hier die logische Folgerichtigkeit der Rücksicht auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts unter. Sie erkannten, daß es für den Richter kein sicheres Kriterium giebt, vermöge dessen er festzustellen in der Lage ist, ob der Erblasser die Handlung des Dritten um ihrer selbst willen zur Bedingung seiner Verfügung gemacht hat, oder nur in der Absicht, die Entscheidung über die Wirksamkeit der Disposition in die Hand des Dritten zu legen. Die Unterscheidung zwischen solchen Handlungen, an

satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. L. 69 eod.: Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione „si Titius in Capitolium ascenderit", quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. atquin si quis ita scripserit: „si Titius voluerit, Sempronius heres esto", non valet institutio: quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. . . . . . L. 52. D. de cond. et. dem. 35, 1: Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent nec essent offutura. quod evenit, si alicui ita legatur: „Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit". nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: „si Maevius voluerit, Titio decem do": nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent. — Die Begründung, welche Pomponius in l. 69 cit. für die verschiedene Behandlung der Einsetzung unter der Bedingung „si Titius in Capitolium ascenderit" und derjenigen unter der Bedingung „si Titius voluerit" giebt, ist eine lediglich der äusseren Erscheinung entnommene, in die fertige Gestaltung hineingetragene und erklärt den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Einsetzungsarten in keiner Weise. Auch ist jene Begründung insofern nicht zutreffend, als sie voraussetzt, daß die auf eine äussere willkürliche Handlung des Dritten gehende Bedingung stets den Zweck habe, eine Entscheidung desselben über die Wirksamkeit der Disposition herbeizuführen. Letzterer Vorwurf trifft auch die Erörterung Modestins in l. 52 cit., die aber im Uebrigen das gegen die Begründung des Pomponius Vorgebrachte bestätigt.

deren Vornahme oder Nichtvornahme der Erblasser ein Interesse hat, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, bietet ein solches Kriterium nicht. Denn für diese Unterscheidung fehlt es ebenfalls an einem sicheren Maßstabe.[1]) Die römische Jurisprudenz ließ deshalb die auf eine äussere willkürliche Handlung eines Dritten abgestellte Verfügung ausnahmslos zu.

In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Ulpian in l. 1. pr. D. de legat. 2 sagt:

In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio potest: quid enim interest, „si Titius in Capitolium ascenderit" mihi legetur an „si voluerit"?

Das heißt: in den Willen eines Dritten kann ein Vermächtnis durch bedingte Anordnung desselben gestellt werden, indem der Erblasser die Vermächtnisverfügung z. B. davon abhängig macht, daß der Dritte einen für ihn völlig unbeschwerlichen Gang unternehme. Denn hierdurch kann der Erblasser eine Erklärung des letzteren darüber, ob der Bedachte den Gegenstand des Vermächtnisses erhalten soll, materiell ganz in der nämlichen Weise herbeiführen, als hätte er bei seiner Disposition hinzugefügt: „wenn der Dritte will".

Mit dieser Auffassung der vorliegenden Stelle folgen wir der nach dem Vorgange von Glück, Comment. Bd. 33 S. 465 fg., in der Doktrin überwiegend vertretenen Ansicht, die jedoch in neuerer Zeit namentlich von Arndts, Forts. v. Glücks Comment. Bd. 46. S. 360 fg.,[2]) lebhaft angefochten ist. Derselbe findet in l. 43. §. 2 D. de legat. 1 und l. 46. §. 2 de fideicommiss. libert. 40, 5 den Satz ausgesprochen, daß ein gradezu in den Willen eines Dritten gestelltes Vermächtnis statthaft sei, und erkennt in l. 1 pr. cit. eine Begründung dieses Satzes: Ulpian leite daraus, daß das Legat unter der Bedingung „si in Capitolium ascenderit

---

Anm. 1. Vergl. Savigny System III S. 134 not. t. Mommsen a. a. O.

Anm. 2. Ebendaselbst S. 362 fg. tritt Arndts auch für die von Schrader Abhandl. aus d. Civilr. Bd. 1. S. 71 entwickelte Ansicht auf, daß es jedenfalls nach kanonischem Recht, nämlich nach cap. 13 X de testament. 3, 26 (von Papst Innocenz III) zulässig geworden sei, die Bestimmung der Erbfolge und um so mehr die Anordnung eines Vermächtnisses in den Willen eines Dritten zu legen, wogegen die herrschende Ansicht nach wie vor dahin geht, daß die in cap. 13 cit. enthaltene Entscheidung sich nur auf ein ius singulare der Geistlichen beziehe. Vergl. Holzschuher gem. Civilrecht II §. 147 Nr. 6. Windscheid Pand. III §. 547 not. 3.

Titius“ unbestritten als gültig anerkannt werde, die Folgerung ab, daß man auch das Legat unter der Bedingung „si voluerit Titius“ zu beanstanden keinen vernünftigen Grund habe.

Allein die in l. 46. §. 2. cit. [1]) gefällte Entscheidung beweist die von Arndts getheilte Meinung keineswegs. Ulpian bringt die Bedingung „si Seius voluerit“ und die andere „si Titius Capitolium ascenderit“ nicht schlechtweg in Beziehung, sondern lediglich mit Rücksicht auf den zur Entscheidung stehenden Fall, die fideicommissaria libertas. Die Art aber, wie er dies thut, erlaubt nicht den Schluß, daß die erstere Bedingung der letzteren auch in einer andern als der die Freilassung anordnenden Disposition gleich zu achten sei. Ja sogar bezüglich der letzteren drückt er sich mit einer Zurückhaltung aus (mihi videtur posse dici), die gar nicht zu verstehen sein würde, wenn er wirklich der Ansicht gewesen wäre, daß man das Legat unter der Bedingung „si voluerit Titius“ zu beanstanden keinen vernünftigen Grund habe. Und so scheint uns die l. 46. §. 2 eher das Gegentheil von dem zu ergeben, was Arndts aus derselben entnehmen zu können vermeint hat. Ulpian hält die Verfügung „si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo“ nicht, wie Arndts a. a. O. S. 361 annimmt, deshalb für zuläſſig, weil er in jener Verfügung eine der Bedingung „si Capitolium ascenderit“ wesentlich gleich zu achtende Bedingung findet, sondern weil ihm in dem vorliegenden speziellen Falle eine Gleichstellung der gradezu in den Willen eines Dritten gestellten mit der von einer willkürlichen Handlung eines Dritten abhängig gemachten Verfügung wegen des Gegenstandes des Vermächtnisses, der im römischen Recht so vielfach begünstigten Freiheit, gerechtfertigt erscheint. Mit anderen Worten: Die Gleichstellung der Bedingung „si voluerit“ mit der „si Capitolium ascenderit“ ist für Ulpian nur das Mittel, um eine Gleichbehandlung der ersteren Bedingung mit der letzteren in deren Erfolge und dadurch unter allen Umständen die Aufrechterhaltung der libertas fideicommissaria herbeizuführen. Der Grund für die Zulassung der schlechthin in den Willen des Dritten gestellten Verfügung ist vorliegendenfalls, wie man auch gemeiniglich annimmt, allein der favor libertatis.

Anm. 1. Dieselbe lautet: Sed et si ita adscriptum sit „si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo“ mihi videtur posse dici valere libertatem, quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.

In l. 43 §. 2. D. de legat. 1 [1]) sagt nun allerdings Ulpian ohne weitere Einschränkung, daß ein Legat in den Willen eines Dritten gestellt werden könne. Jedoch [2]) dies ist jedenfalls unter der nämlichen Maßgabe zu verstehen, wie der fast gleichlautende Ausspruch desselben Juristen in l. 1. pr. D. de legat. 2, d. h. die aliena voluntas begreift auch in der vorliegenden Stelle nicht einen jeden, sondern nur den durch Vornahme oder Nichtvornahme einer äusseren Handlung zu erklärenden Willen. Mit dieser Auslegung verträgt sich vom Standpunkte Ulpians auch sehr wohl die zweite Hälfte der l. 43. §. 2., in welcher gesagt wird, daß ein Legat in den Willen des Erben nicht gestellt werden könne. Denn da einem Legate, dessen Wirksamkeit von der Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung des Erben abhängig gemacht ist, in der Regel die Absicht zu Grunde liegt, ihn für sein (vom Erblasser nicht gewünschtes) Verhalten zu bestrafen, so war dasselbe zu Ulpians Zeiten nach den für das poenae nomine relictum geltenden Vorschriften regelmässig ungültig.

Manche Schriftsteller [3]) betrachten die zur Rede stehende Bestimmung, nach der eine letztwillige Zuwendung nicht gradezu in den Willen eines Dritten gestellt werden darf, als Folgerung aus dem von Ulpian Fragm. XXII. 4. ausgesprochenen Satze: certum consilium debet esse testantis. Allein dieser Satz besagt doch wohl nichts Anderes und nicht mehr, als daß der Testator zu einem bestimmten Entschlusse darüber gelangt sein muß, wem und was er zuwenden will. Zu diesem Entschlusse ist er nun zweifellos nicht gelangt, wenn er die Bestimmung des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung einem blinden Zufalle oder der reinen Willkür einer dritten Person überläßt. Dagegen ermangelt dieser Entschluß nicht, wenn der Erblasser den Bedachten sowie den Gegenstand der Zuwendung bestimmt bezeichnet hat und nur die rechtliche Wirksamkeit seiner Verfügung von einem zufälligen Ereignis oder dem Willen eines Dritten abhängig macht. Eine Unbestimmtheit in Beziehung auf die Disposition besteht zwar auch im letzteren Falle,

---

Anm. 1. Dieselbe lautet: Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.

Anm. 2. S. Donellus comment. de iur. civ. lib. VIII cap. 15 und dazu Vangerow Pand. §. 432. Anm. sub 1. 7. Aufl. S. 95.

Anm. 3. So namentlich Puchta Pand. §. 472 zu not. i und Windscheid Pand. III §. 547 zu u. in not. 1. S. auch Glück a. a. O. Bd. 33. S. 442, Sintenis gem. Civilrecht III §. 171 not. 3, Arndts Pand. §. 491 zu Nr. 5.

aber dieselbe betrifft nicht den Willen des Erblassers, sondern die Existenz des von ihm Gewollten.

Sonach paßt der Satz „certum consilium debet esse testantis“ jedenfalls nicht auf beide Anwendungsfälle der hier zur Betrachtung stehenden Vorschrift. Ja es spricht sogar sehr viel für die Annahme, daß er von den Römern auch nicht auf den Fall bezogen ist, wenn der Erblasser einem Dritten die Bestimmung des Bedachten gänzlich anheimgiebt. Ulpian a. a. O. führt jenen Satz als Grund für die Bestimmung des zu seiner Zeit geltenden Rechts an, daß eine incerta persona nicht eingesetzt werden könne. Unter den Begriff der Einsetzung einer incerta persona in diesem Sinne fällt aber nach der von Gaius Inst. 2, 238 [1]) aufgestellten Definition an sich auch die Disposition: „Der soll mein Erbe sein, den X dazu ernennt.“ Würde daher das Verbot der letzteren Disposition überhaupt aus dem Satze „certum consilium debet esse testantis“ zu erklären sein, so wäre es, vom Standpunkte des klassischen Rechts betrachtet, als ein Bestandtheil der die Einsetzung einer incerta persona verbietenden Bestimmung aufzufassen. Allein dieser Auffassung steht entgegen, daß das Verbot jener Disposition von der die letztere Bestimmung beseitigenden Konstitution Justinians [2]), soweit ersichtlich, in keiner Beziehung berührt worden ist und andererseits in den hier fraglichen Quellenstellen in einer Weise vorgetragen wird, welche auch nicht auf den geringsten Zusammenhang mit der aufgehobenen Bestimmung, wohl aber auf einen innigen Zusammenhang mit dem Satze, inhalts dessen die Honorirung einer bestimmten Person nicht von der Einwilligung eines Dritten abhängig gemacht werden darf, hinweist. Der Grund für die Fehlerhaftigkeit der Honorirung eines von einem Dritten zu Bestimmenden wie der an die Zustimmung eines Dritten geknüpften Disposition wird gleichmässig dahin angegeben, daß es unzulässig sei, über eine letztwillige Zuwendung fremden Willen walten zu lassen. [3])

Als ein Ausfluß des nämlichen Prinzips, auf welchem die Ungültigkeit der schlechthin auf den Willen eines Dritten abgestellten Zu-

---

Anm. 1. Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit.

Anm. 2. L. un. Cod. de incert. person. 6, 48 (lex restituta), cfr. §. 25 sq. J. de legat. 2, 20. Mühlenbruch Fortſ. von Glücks Comment. Bd. 39 S. 405.

Anm. 3. Vergl. namentlich l. 32 pr. D. de her. inst. 28, 5 mit l. 52 D. de cond. et dem 35, 1.

wendung berufen soll, entwickeln mehrere Rechtsgelehrte, so Sintenis (a. a. O. §. 171 zu Ia), Vangerow (a. a. O. S. 93 fg.) und Arndts (Forts. v. Glücks Comment. Bd. 46. S. 344 fg.), auch die Ungültigkeit einer letztwilligen Disposition, die von dem blossen Willen des durch dieselbe Beschwerten abhängig gemacht ist. Sintenis findet dies Prinzip in der Formel: „Der Wille muß ein bestimmter und des Testators eigener sein", Vangerow in der zu erfordernden Selbständigkeit des letzten Willens, Arndts in dem Wesen der letztwilligen Zuwendung als einer Vergabung durch den Willen des Erblassers. Indeß die Unzulässigkeit der von dem Willen des Beschwerten abhängig gemachten Disposition beruht auf einem ganz andern Grunde wie die Nichtzulassung der in den Willen eines Dritten gestellten Zuwendung. Derselbe ergiebt sich, wie mehrere Quellenstellen [1]) zur Evidenz erweisen, nicht aus dem Wesen der letztwilligen Zuwendung, wie überhaupt nicht aus rein erbrechtlichen Regeln, sondern vielmehr aus allgemeinen, zunächst im Obligationenrecht zur Ausbildung gelangten Prinzipien. [2]) Die Vermächtnisverfügung: „mein Erbe soll, wem er will, 1000 zahlen" ist darum ohne alle rechtliche Bedeutung, weil durch diese Verfügung niemand ein Recht erlangt, 1000 zu fordern, der Erbe also gar nicht gebunden wird. Und ebenso wenig wird ein Rechtszwang begründet, wenn der Erblasser sagt: „mein Erbe soll, wenn er will, dem A 1000 zahlen." Denn wird es in den Willen desjenigen, der gebunden werden soll, gestellt, ob er gebunden sein will, so ist er in jeder Beziehung ungebunden.

Anm. 1. S. namentlich l. 46 pr. D. de fideicomm. libertat. 40, 5 (. . . quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis . . .), §. 4. eod. (quamquam autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur, non possit . . .), cfr. §. 3 eod. l. 7. §. 1 D. de reb. dub. 34, 5.

Anm. 2. Vergl. Sell Versuche 2c. II. S. 289, Savigny Syst. III. S. 131, Windscheid Pand. I. §. 93.